Vorverträge

nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

der Juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

ACAD.
LUDB.BAT.
BIBL.

vorgelegt von

Josef Rath

Rechtspraktikant aus Weilheim (Oberbayern).

Approbiert am 24. Mai 1905.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1906.

149

Referent: Herr Univ.-Prof. Dr. Oertmann.

Dem Andenken meiner Eltern.

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
	Einleitung	1
§ 1.	Begriffsentwicklung	3
§ 2.	Inhalt des Vorvertrages	7
§ 3.	Der Anspruch aus dem Vorvertrage	9
§ 4.	Der Vorvertrag im heutigen Recht	14
§ 5.	Ist der Vorvertrag eine zwecklose Figur?	16
§ 6.	Bindende Offerte, einseitig bindender (hinkender) Vertrag oder Vorvertrag?	19
§ 7.	Vorverträge zu Konsensualverträgen	23
§ 8.	Vorverträge zu Realverträgen	26
§ 9.	Die Wirkung des Vorvertrages	31
§ 10.	Vererblichkeit	34
§ 11.	Abtretung des Anspruches aus einem Vorvertrage	36
§ 12.	Anwendung der clausula rebus sic stantibus	39
§ 13.	Form der Vorverträge	41
§ 14.	Ergebnisse	47

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542702_0080

Literaturverzeichnis.

Adler, Realkontrakt und Vorvertrag (Iherings Jahrb. Bd. 31).

BGG. von Fischer und Henle.

Bechmann, Der Kauf im gemeinen Recht. Erlangen 1884.

Brinz, Pandekten.

Corpus iur. civilis ed. fratr. Kriegelii. 7. Aufl. Pars I.

Cosack, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts (1898).

Degenkolb, Zur Lehre vom Vorvertrage. Archiv für zivil. Praxis Bd. 71.

Dernburg, Pandekten. 3. Aufl.

Endemanns Handbuch des deutschen Handelsrechts.

Endemanns Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 8. Aufl.

Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches.

Gottschalk, Beiträge zur Lehre vom Vorvertrage. Erlanger Dissertation 1895.

Heilfron, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.

Krehbiel, Eduard, Der Vorvertrag. Edenkoben 1903/04.

Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse 1899.

Protokolle der 2. Lesung eines Bürgerlichen Gesetzbuches.

Rehbein, Kommentar zum BGB.

Schäfer, Friedr., Der Darlehnsvorvertrag. Freiburg i. Br. 1902.

Schmitz, Über den Vorvertrag bei Konsensualkontr. Erlanger Dissertation 1905.

Schloßmann, über den Vorvertrag (Iherings Jahrb. Bd. 45).

Staudinger, Kommentar zum BGB.

Stintzing, Dr. Wolfgang, Die Vorverpflichtung im Gebiet der Schuldverhältnisse. Jena 1903.

Windscheid, Pandekten. Bd. 2.

Zeitschrift für schweizerisches Recht. Bd. 15 1884.

Zivilrechtliche Erörterungen von Dr. Ferdinand Regelsberger. Weimar 1868.

Einleitung.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat bezüglich der verschiedenen Vertragsarten auf jede doktrinäre Erklärung verzichtet und diese Erklärung der Rechtswissenschaft überlassen.

Dies trifft auch bezüglich der Vorverträge zu.

Die Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches sprechen sich in bezug auf die Vorverträge dahin aus, daß von einer allgemeinen Regelung derselben mangels eines zureichenden Bedürfnisses abgesehen worden sei (Motive Bd. 1 S. 178).

Weiterhin wird jedoch hervorgehoben, es könne keinem Zweifel unterliegen, daß ein Vorvertrag sowohl zu Realverträgen, soweit solche anerkannt werden, als auch zu Konsensualverträgen möglich und zulässig sei, und deshalb darf aus der Verneinung des Bedürfnisses zur Regelung der Vorverträge gewiß nicht geschlossen werden, es wolle demselben damit die Anerkennung versagt sein, sondern es kann daraus gar nichts anderes geschlossen werden, als daß auf die Vorverträge eben keine besonderen und keine anderen als die allgemeinen Vertragsgrundsätze anzuwenden seien.

Wenn sohin Voraussetzung für die Gültigkeit von Verträgen ist, daß die Kontrahenten geschäftsfähig sind, daß der Vertragswille genügend erklärt und diese Erklärung dem Gegenkontrahenten zugegangen ist, daß ferner Möglichkeit der Leistung usw. gegeben sei, so ist diesen Voraussetzungen auch bei dem Abschlusse eines Vorvertrages zu entsprechen.

Es wird später zu untersuchen sein, ob der Vorvertrag im Verkehrsleben brauchbar und notwendig ist, und ob das positive Recht die eigenartige Wirkung des Vorvertrages anerkennt. Zunächst wird es sich darum handeln, durch einen Rückblick zu zeigen, welche Entwicklung die Rechtswissenschaft dem Vorvertrage gegeben hat; der so im wesentlichen entwickelte Begriff wird dann im Zusammenhang mit dem geltenden positiven Rechte näher zu betrachten sein. —

§ 1.

Begriffsentwicklung.

Die Stellung der Vorverträge war von jeher eine viel-umstrittene.

Schon in der Glossatorenzeit und herab bis zum 18. Jahrhundert war heftiger Streit über die rechtliche Kraft der sogen. nuda pacta entbrannt, und von diesem Streite waren auch die pacta praeparatoria, sowie deren Unterabschnitt, die Lehre von dem sogen. pactum de contrahendo ergriffen. Hatte das römische Recht, durchdrungen von dem Prinzip der Formenstrenge (stipulatio!), formlosen Vereinbarungen im allgemeinen jede rechtliche Wirkung versagt, so machte sich im gemeinen Rechte die Auffassung geltend, daß auch der formlos erklärte Wille rechtsverbindlich sei, und damit war der Streit über die nuda pacta zu deren Gunsten entschieden. Längst ist fernerhin das pactum de contrahendo auch von dem bloßen Traktat begrifflich geschieden und anerkannt, aber der so erkannte Begriff ist, wie Degenkolb in seiner im Jahre 1871 erschienenen Monographie über die Vorverträge (Arch. ziv. Prax. Bd. 71) beklagt, auch damals noch nicht durchgeführt und namentlich von der Pandektenliteratur jener Zeit vernachlässigt.

Während Thöl (Handelsrecht I § 62) den Vorvertrag als einen Vertrag bezeichnet hatte, „dahin geschlossen, daß ein Vertrag dahin geschlossen werden solle, also als einen gegenwärtigen Vertrag, welcher einen zukünftigen verspricht", erklärt Degenkolb den Vorvertrag als einen Vertrag, aus dem die Verpflichtung entspringt, bei dem Abschlusse eines zweiten Vertrages in entsprechender Weise mitzuwirken, nämlich in der Weise, wie sie die Art des abzuschließenden zweiten Vertrages bestimmt, sei es, daß in demselben dem aus dem Vorvertrage Verpflichteten die Rolle eines Offerenten oder Akzeptanten zugewiesen ist, oder aber, daß seine Mitwirkung, wie z. B. bei dem Ehevertrage, eine solche anderer Art ist.

Dadurch, daß der Vorvertrag verpflichtet, unterscheidet er sich von den sogen. Traktaten, Punktationen usw.

Diesen fehlt jede Vertragsnatur, und es ist angezeigt, sie deshalb scharf von Verträgen zu scheiden, was in der gemeinrechtlichen Literatur, wie auch in der heutigen, nicht immer der Fall ist.

Der Gegensatz, in welchen sich bezüglich der Punktationen Dernburg (Pand. 3. Aufl. Bd. 2 S. 26) zu Degenkolb stellt, beruht lediglich darauf, daß letzterer unter Punktationen nur nichtbindende Vorberedungen versteht, bezüglich welcher er den Wunsch äußert, sie möchten aus den Darstellungen der Lehrbücher verschwinden, da sie eine Mißfigur und ohne rechtliche Bedeutung seien. Während dann Degenkolb zu diesen Punktationen die (bindenden) Verträge in scharfen Gegensatz stellt und so zwei scharf geschiedene Begriffe mit zwei verschiedenen Bezeichnungen benennt, hält Dernburg

diese Unterscheidung nicht fest, da er unter der Bezeichnung „Punktation" sowohl fertige Verträge über einzelne Punkte aus der Gesamtheit derjenigen Punkte versteht, die den Inhalt des (Total-)Vertrages bilden sollen, ferner aber auch Vorverhandlungen nicht bindender Art, Aufzeichnungen pro memoria mit diesen fertigen Verträgen unter der gemeinsamen Bezeichnung „Punktationen" zusammenfaßt.

Diese bindenden „Punktationen" stellt Dernburg mit und neben den pacta de contrahendo unter den Begriff „Vorverträge", eine Bezeichnung, die er nicht ausschließlich für die pacta de contrahendo, als für dieselben nicht charakteristisch, angewendet wissen will (Anm. 7 zu § 10 ibid.).

Nun kann die bindende „Punktation" nichts anderes sein als ein Vertrag, der von den Kontrahenten über einen Teil von mehreren Punkten geschlossen wird, bevor über deren Gesamtheit der beabsichtigte Vertrag zustande gekommen ist. Mit dem Hinzukommen jedes weiteren Punktes, über den die Kontrahenten weiterhin sich geeinigt haben, erweitert sich der Inhalt der bindenden Punktation oder es tritt, wenn nach dem Parteiwillen die einzelnen Punkte unabhängig voneinander geregelt sein sollen, je eine neue Punktation neben die andere. Das ist aber nichts anderes als eine Summe von Verträgen, die nur wirtschaftlich sich als ein Geschäft darstellen.

Im ersten Falle verliert mit dem Hinzukommen des letzten Punktes, über den sich die Parteien geeinigt haben, der inhaltlich komplette Vertrag den Charakter der bindenden Punktation — wir haben den Vertrag über die Gesamtheit

der von den Kontrahenten von vornherein ins Auge gefaßten Punkte. Im zweiten Falle trifft dies zu, sobald durch die Summe der bindenden Punktationen der einheitliche Inhalt des Gesamtgeschäftes und der auf ihn sich beziehende consensus geschaffen ist. Vorher bestand nur ein Vertrag, der inhaltlich sich erweiterte, bezw. eine Reihe von Verträgen. Aus dem Umstande, daß die Parteien im einzelnen Stadium noch eine Fortsetzung der Verhandlungen in Aussicht nehmen, mag diesen selbständigen Verträgen mit Beziehung auf die erwartete, aber durch sie in keiner Weise gewährleistete Erweiterung bezw. Zusammenfassung die Bezeichnung als Punktation zukommen, juristisch sind es Verträge und nichts anderes.

Auch Windscheid (Pand. Bd. 2 § 310 in fine) erklärt den Begriff der Punktation als juristisch unbrauchbar.

Für die Zusammenstellung der Vorverträge mit Punktationen und Traktaten war sohin nur der Gesichtspunkt maßgebend, daß sie ebenso wie diese andere Verträge vorbereiten. Dieses rein äußerliche Moment erscheint aber nicht als genügender Grund, die ihrem inneren Wesen nach grundverschiedenen Figuren zusammenzufassen. Der Platz für die Lehre von den Vorverträgen wäre besser bei der Lehre von den Objekten der Verträge oder bei der Lehre von den Arten der obligatorischen Leistungen. (Degenkolb p. 51 loc. cit.)

Somit wird man die Bezeichnung „Vorverträge“ ausschließlich für die pacta de contrahendo in Anspruch nehmen dürfen, eine Bezeichnung, unter welcher sie im früheren Rechte ebenso wie im heutigen bekämpft und verteidigt wurden.

§ 2.

Inhalt des Vorvertrages.

Die charakteristische Eigenschaft des Vorvertrages im Gegensatze zu dem Hauptvertrage und zu gewöhnlichen anderen Verträgen liegt darin, daß sein Inhalt auf contrahere abzielt.

Im allgemeinen gelten für den Vorvertrag, wie erwähnt, die für alle Verträge gemeinsam aufgestellten Grundsätze. Einer der wichtigsten Grundsätze ist nun, daß der Gegenstand des Vertrages genügend bestimmt sein muß. Nachdem die im Vorvertrage übernommene Verpflichtung immer auf ein contrahere sich richtet, muß aus dem Vorvertrage sich genau ergeben, welcher Art dies contrahere sein soll, und diese Bestimmung muß jedenfalls so weit gehen, daß genau ersichtlich wird, auf was etwa der durch die Rechtsordnung gewährleistete Zwang sich zu richten habe, wenn freiwillig die im Vorvertrage geschaffene Verpflichtung nicht erfüllt würde.

Wieviel nun der Vorvertrag, um genügend bestimmt und damit gültig zu sein, von dem Inhalt des Hauptvertrages in sich aufnehmen müsse, das läßt sich ein für allemal nicht feststellen, sondern ist nur von Fall zu Fall zu bestimmen.

Die Art des Hauptvertrages muß, wie erwähnt, jedenfalls aus dem Vorvertrage sich bestimmen lassen, außerdem muß auch noch ausreichende Bestimmung getroffen sein, daß

die Höhe der aus dem Vorvertrage übernommenen Verpflichtung nicht lediglich dem willkürlichen Ermessen des Berechtigten anheimgestellt ist. Sonst wäre, wie im allgemeinen einer Vereinbarung, die nicht mit genügender Bestimmtheit den Willensinhalt abgrenzt und erkennen läßt, die Klagbarkeit zu versagen ist, dies auch bezüglich des Vorvertrages zu tun. In letzterem muß sonach angegeben sein, welche Leistungen nach Art und Höhe in dem abzuschließenden Hauptvertrage dem oder den Kontrahenten zugeteilt sein sollen. Damit enthält der Vorvertrag den Hinweis darauf, was der Gegenstand des Hauptvertrages sein solle (Kauf, Darlehen, Wechselverpflichtung usw.) und welche Rolle jedem der Kontrahenten mit Beziehung auf den Gegenstand des Hauptvertrages zugewiesen sein solle. Daß dabei die Höhe der im Hauptvertrag zu stipulierenden Leistung im Vorvertrag schon absolut bestimmt sei, ist nicht erforderlich; es genügt, wenn sie relativ festgestellt ist d. h. Anhaltspunkte gegeben sind, durch welche deren Umfang späterhin genau sich ergibt. So wird unbedenklich in einem Vorvertrag zu einem Kaufvertrag als Kaufpreis der jeweilige Markt- oder Börsenpreis bezeichnet werden können, bei einem Bierlieferungsvertrag genügt zur Bezeichnung des Quantums, wenn man den jeweiligen Bedarf eines bestimmten Wirtshauses zu liefern oder abzunehmen verspricht. In einem pactum de mutuo dando ist die Höhe des zu gewährenden Darlehens genügend bestimmt, wenn ein Darlehen zugesichert wird in der Höhe der Kosten des nach bestimmten Plänen durchzuführenden Anbaues an das Hauptgrundstück.

Als nicht genügend bestimmt erschien dagegen ein Vorvertrag, der die Gründung einer Handelsgesellschaft bezweckte, jedoch über Verteilung von Gewinn und Verlust nicht verfügte (ROHG. Bd. 9 S. 38), ferner ein Vorvertrag zu einem Kaufvertrag über mehrere hundert Dutzend Concertinos, da mit dieser Bezeichnung das Kaufobjekt nicht genügend spezialisiert war (ibid. Bd. 11 Nr. 1 S. 1).

Wir finden also, daß die Art des Hauptvertrages bestimmend ist dafür, wie der Inhalt des Vorvertrages zu gestalten ist und sofern besteht eine gewisse materielle Einheit des Vor- und Hauptvertrages (vgl. Endemann, Lehrb. des bürg. Rechts 8. Aufl. S. 619). Diese Einheit begründet sich aber lediglich aus der Beziehung des Obligationsaktes zum Erfüllungsakte, die bezüglich des übrigen Inhaltes sich keineswegs decken, da der Vorvertrag auf Abschluß eines Vertrages, der Hauptvertrag aber auf Erfüllung des abgeschlossenen Vertrages abzielt.

Es muß somit der Vorvertrag, damit seine Erfüllung rechtlich erzwungen werden kann, den Inhalt des Hauptvertrages derart in sich tragen, daß er alle für diesen wesentlichen Erfordernisse bestimmt oder doch bestimmbar enthält, andernfalls wäre ihm die Klagbarkeit zu versagen.

§ 3.

Der Anspruch aus dem Vorvertrage.

Wenn oben der Vorvertrag als ein selbständiger Vertrag bezeichnet wurde, durch den der Verpflichtete gehalten ist, bei

dem Abschlüsse des Hauptvertrages in entsprechender Weise mitzuwirken, so ist damit die Frage, ob aus dem Vorvertrag ein Anspruch auf Leistung dieser Mitwirkung oder aber lediglich auf Leistung des sogen. Interesses hervorgeht, anticipando schon beantwortet. Die Verpflichtung aus dem Vorvertrag, die in der Mitwirkung zum Abschlusse des Hauptvertrages besteht, muß im Weigerungsfalle rechtlich erzwungen werden können, wenn seitens des Berechtigten nach der Weigerung noch ein Interesse am Abschlusse des Hauptvertrages besteht und sofern der Abschluß des Hauptvertrages nicht unmöglich geworden ist.

Wäre nämlich unter den erwähnten Voraussetzungen nur ein Anspruch auf Leistung des sogen. Interesses gegeben, so wäre damit die rechtliche Existenz des Vorvertrages vernichtet: er wäre kein Vertrag mehr mit der Verpflichtung auf Vertragschluß, sondern einfacher Vertrag auf Leistung des Interesses in allen denjenigen Fällen, in welchen das contrahere nicht freiwillig erfolgen würde.

Schon nach römischem Recht konnte die Verpflichtung zum Abschluß eines Vertrages durch Rechtsgeschäft erzeugt werden, z. B. durch das Damnationslegat, welches dem Erben die Verpflichtung auferlegte, mit dem Legatar oder einem Dritten zu kontrahieren, um hierdurch dem Legatar die testierte Zuwendung zu verschaffen. Ferner findet sich L. 68 Dig. de Verb. oblig. die Stipulation eines Darlehnsversprechens, durch welches die Verpflichtung zum Abschlusse eines Darlehnsvertrages begründet wurde (si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses, certa est et utilis

stipulatio. Quod si ita stipulatus fuero: pecuniam te mihi crediturum spondes? incerta est stipulatio, quia id venit in stipulationem, quod mea interest). Hiernach hatte der aus dem Darlehnsverſprechen Berechtigte, falls der andere Teil ſich weigerte das Darlehen zu geben, allerdings nur die Klage auf das Intereſſe oder auf die etwa verabredete Strafſumme und Brinz (Pand. § 394) hatte demgemäß behauptet, es könne ebenſo, wie bei den römiſchen Stipulationen, denen eine obligatio faciendi zugrunde lag, die Klage nur auf das Intereſſe gerichtet werden konnte, auch im neueren Pandektenrecht aus einem Vorvertrage nur auf das Intereſſe geklagt werden, weil das facere bezw. contrahere ein naturaliter nicht erzwingbarer Gegenſtand ſei.

Nun gab es aber im römiſchen Recht nur eine condemnatio pecuniaria und im älteren, ſowie auch im klaſſiſchen römiſchen Recht war nur die liquide Geldſchuld der prozeſſualiſchen Exekution fähig. So ſtellte denn Degenkolb (p. 43 ff. l. cit.) zunächſt feſt, daß bezüglich der L. 68 Dig. de Verbor. oblig. 45 I nicht erſichtlich ſei, ob das mea interest von Haus aus den Anſpruch darſtelle oder den Gegenſtand der condemnation. Wenn aber auch im Sinne des klaſſiſchen römiſchen Rechtes und der juſtinianiſchen Geſetzgebung der Anſpruch aus der angeführten Stipulation von Anbeginn an auf Geld und nicht auf contrahere ginge, ſo ſei damit nicht eine Eigentümlichkeit ſpeziell der stipulatio de mutuo contrahendo, auch nicht das contrahere als Obligationsobjektes gegeben, ſondern nur eine Beſtätigung der gegen die Anerkennung wahrer obligationes faciendi überhaupt

bestehenden Bedenken. Diese aber seien in Deutschland überwunden, ja mehr, das contrahere ist nicht nur Obligations-, sondern auch Kondemnations-, ja sogar Exekutionsobjekt geworden. Durch den Hinweis auf die prätorischen Stipulationen, auf die Folgen der Verweigerung einer cautio damni infecti usw., endlich hauptsächlich darauf, daß es keine Pflicht auf Tradition gäbe, wenn dem Vertragskonsens die Rücksicht auf eine ihn fordernde Rechtspflicht als zwingendes Motiv widerstreben würde, bewies er aus dem römischen Recht, daß das contrahere nicht unvereinbar ist mit jeder Art des Rechtszwanges. Es ist keineswegs begriffsnotwendig das Produkt eines von jedem Rechtszwang unbeeinflußten Wollens, ja nicht einmal des Wollens überhaupt und es widerspricht dem Begriffe der rechtlichen Freiheit in keiner Weise, wenn jemand gemäß einer Vertragspflicht gezwungen ist, einen Vertrag zu schließen. Somit hat sich das contrahere als ein durchaus geeignetes Vertragsobjekt erwiesen und es ist das Objekt, das allen Vorverträgen prinzipiell zugrunde liegt. Damit ist auch der von Regelsberger (Zivilrechtliche Erörterung Bd. 1 S. 181) erhobene Einwand widerlegt, wonach dem aus dem Vorvertrage Berechtigten nur eine Klage auf das Interesse zustehe, während dem auf Leistung des Interesses Beklagten freistehe, an Stelle der Leistung des Interesses den Hauptvertrag abzuschließen.

Möglich ist nun allerdings, daß der aus dem Vorvertrage Berechtigte unter Umständen auf eine Verurteilung zur Leistung überhaupt verzichten muß. Wenn z. B. der durch einen Vorvertrag Verpflichtete einen Auftrag zu über-

nehmen hat, so ist zu berücksichtigen, daß nach § 671 BGB. das durch den Auftragsvertrag begründete Rechtsverhältnis grundsätzlich von jedem der Vertragschließenden jederzeit einseitig gelöst werden kann; allerdings ist das Kündigungsrecht des Beauftragten der Beschränkung des § 671 Abs. 2 BGB. unterworfen, der zur Unzeit kündigende Beauftragte hat, wenn ein wichtiger Grund nicht vorliegt, dem Auftraggeber den aus der Kündigung entstandenen Schaden zu ersetzen. Wenn nun der im Vorvertrag Verpflichtete grundlos zur Unzeit aus seiner Verpflichtung sich lossagt, so kann natürlich eine andere und weitergehende Folge, als wie sie im Stadium des Hauptvertrages hätte eintreten können, sich nicht ergeben. Es würde in diesem Falle der aus dem Vorvertrage Berechtigte gemäß § 671 Abs. 2 nur auf Schadenersatz eine Verurteilung erwirken können. Es hätte keinen Sinn, zuerst eine rechtskräftige Verurteilung nach § 894 RZPO. zu erwirken, um dann aus dem Auftragsvertrage zu klagen auf Schadenersatz, es wird vielmehr kein Unterschied gemacht werden dürfen, ob der zu Beauftragende der Verpflichtung zuwiderhandelt, ein zu übertragendes Geschäft besorgen zu wollen, oder ob der Beauftragte das übertragene Geschäft unter Verletzung des § 671 Abs. 2 BGB. nicht besorgt. Bei aller Selbständigkeit des Vorvertrages gegenüber dem Hauptvertrag wird aus der Natur des durch den Vorvertrag zu sichernden Rechtsgeschäftes folgen, daß nur Verurteilung nach § 671 Abs. 2 BGB, erfolgen kann.

Weiteres ist auch in dem Falle, in welchem ein Vorvertrag zu einem Kaufvertrag geschlossen ist, die Verurteilung

zum Abschlusse des Kaufvertrages dann ausgeschlossen, wenn das Kaufobjekt vor Abschluß des Kaufvertrages zugrunde gegangen, die Leistung also unmöglich geworden ist. Ein solcher Vertrag wäre nach § 306 BGB. nichtig. Es kann nicht Aufgabe der Rechtsordnung sein, jemanden zum Abschlusse eines nichtigen Rechtsgeschäftes zu zwingen. Hier wird der Berechtigte bei dem Vorhandensein der sonstigen Voraussetzungen lediglich auf sein Interesse klagen können. Ähnlich ist es, wenn das durch den Vorvertrag gesicherte Rechtsgeschäft ein Fixgeschäft (BGB. § 361. HGB. § 376) ist. Auch hier wird der Berechtigte unter Umständen auf Schadenersatz klagen können, wenn der bestimmte Termin abgelaufen ist. Daß aber unter solchen Umständen der Gläubiger berechtigt ist, aus dem Vorvertrag unmittelbar sein Interesse zu fordern, wenn die Leistung des Verpflichteten durch dessen Schuld unmöglich geworden ist oder wenn dieselbe infolge der Weigerung des Schuldners für den Gläubiger wertlos geworden ist, rechtfertigt sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen und ist, in Beziehung zum Vorvertrag gebracht, keineswegs eine Anomalie. Wie das geltende Recht aber den Anspruch auf Kontraktschluß verwirklicht, darüber wird unten zu sprechen sein bei der Darstellung der Wirkungen des Vorvertrages.

§ 4.

Der Vorvertrag im heutigen Rechte.

Das heutige Recht steht unter dem Grundsatze der Vertragsfreiheit. Dem freien Walten der Verkehrskräfte und der

Selbstbestimmung der Beteiligten bleibt es überlassen, welche Interessen zum Gegenstande der Schuldverpflichtungen gemacht werden wollen und in welcher Vertragsform sie diese zum Ausdrucke bringen wollen. Es sind allerdings dieser Vertragsfreiheit durch zwingende Rechtsnormen Schranken gesetzt, die z. B. Verträge ausschließen, welche gegen das öffentliche Interesse oder gegen die guten Sitten verstoßen, denen kein schutzwürdiges Interesse zugrunde liegt oder die der speziell geforderten Form ermangeln; innerhalb dieses Rahmens aber ist der Grundsatz der Vertragsfreiheit der herrschende, die Freiheit der inhaltlichen Gestaltung und der Form des Vertrages.

Damit ist freier Raum geschaffen für den Vorvertrag in der Entwicklung, welche er durch die Rechtswissenschaft gefunden hat. Der Raum für ihn ist vorhanden, er selbst aber nur dann, wenn seine Existenzberechtigung nachgewiesen und er nicht für eine zwecklose, überflüssige Figur zu erklären ist und wenn weiterhin die Möglichkeit seiner Existenz bewiesen ist dadurch, daß das positive Recht seine eigenartige Wirkung gewährleistet.

Bevor hierüber zu sprechen ist, soll auch für das heutige Recht festgestellt werden, daß Vorverhandlungen, welche einem Vertrage vorausgehen, um diesen vorzubereiten, keinen bindenden Charakter haben, der Vertragsnatur entbehren und somit strenge von Vorverträgen zu scheiden sind. Cosack (Lehrb. des bürg. Rechts § 83 1898) hält ebenfalls diese Unterscheidung fest. Indem er jedoch die unverbindliche Punktation schwächer als einen Vorvertrag, die verbindliche

Punktation aber stärker als einen solchen bezeichnet, bringt er sie in eine Beziehung zum Vorvertrag, welche nicht gerechtfertigt ist. Die unverbindliche Punktation ist rechtlich bedeutungslos, die verbindliche ist zwar ein Vertrag, hat aber mit dem Vorvertrag gar nichts gemeinsam und ist besonders dem Inhalte nach, der bei dem Vorvertrag auf contrahere geht, von diesem grundverschieden. Nach den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Bd. I S. 163 u. 182) im Zusammenhalt mit § 154 Abs. 1 BGB. ergibt sich, daß Vereinbarungen, welche sich nur auf einen Teil der Punkte erstrecken, die, wenn auch nur von einer Partei, ins Auge gefaßt sind, im Zweifel nicht bindend sind, selbst wenn darüber eine Aufzeichnung stattgefunden hat.

§§ 154 u. 155 BGB. geben uns lediglich Hilfspunkte an die Hand, um ermitteln zu können, ob aus einem bestimmten Tatbestand auf das Bestehen eines Vertrages geschlossen werden darf oder nicht. Publikationen, Traktate usw. als solche sind als rechtlich bedeutungslos im Bürgerlichen Gesetzbuche nicht behandelt und scheiden, als mit dem Vorvertrag in gar keinem Zusammenhang stehend, für diese Abhandlung aus.

§ 5.

Ist der Vorvertrag eine zwecklose Figur?

Es ist behauptet worden, es habe noch niemals einen Vorvertrag gegeben, noch niemand habe ihn lebendig je vor Augen gesehen, außerdem aber fehle im praktischen Leben

jedes Bedürfnis, jedes vernünftige Interesse an dem Abschlusse eines Vorvertrages (vgl. Schloßmann: Über den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sogen. Realkontrakte; Iherings Jahrb. Bd. 45 S. 3 ff.)

Es ist nun zu bedenken, daß das Verkehrsleben zur Rechtsordnung nicht in einem Verhältnis steht, aus welchem folgen würde, daß der Verkehr in seiner Entwicklung strenge durch jeweils herrschende Rechtsanschauungen in Fesseln gezwängt sei. Das Verhältnis ist vielmehr ein umgekehrtes. Es besitzt das Verkehrsleben rechtsgestaltende Kraft; durch neue Verkehrsbedürfnisse sind neue Rechtstypen geschaffen worden, die dann durch Gewohnheitsrecht und insbesondere durch die Übung der Gerichte bestätigt wurden.

Hieraus folgt, daß die Erscheinungen, welche aus dem Verkehrsleben vor das Forum des Rechtes behufs rechtlicher Würdigung gebracht werden, nicht deshalb, weil sie nicht gerade in der schlichtesten, geläufigsten Form erscheinen, sogleich umgemodelt und zugeschnitten werden müssen, sondern eine subtilere Behandlung verdienen, weil die Gründe, die zu ihrer absonderlichen Gestaltung führten, für die Rechtssubjekte im Verkehre triftig genug sind, um sie deren Nichtbeachtung durch das Recht nicht schwer empfinden zu lassen.

Die Parteien, die zu einem Vorvertrage greifen, wollen aus ganz bestimmten Gründen den Hauptvertrag in der Gegenwart nicht. Man will zurzeit nicht kaufen oder verkaufen, nicht mieten oder vermieten, nicht Geld als Darlehen geben oder zu leihen nehmen.

Der wirtschaftliche Effekt aus diesen einzelnen Rechtsgeschäften ist zurzeit einer oder beiden Parteien nicht passend, stellt sich aber für die eine oder für beide Parteien als künftig sehr wünschenswert und vorteilhaft dar für einen relativ oder absolut oder annähernd bestimmten Zeitpunkt. Es muß zugegeben werden, daß die Parteien die Möglichkeit hätten, den wirtschaftlichen Effekt bis zu dem gewünschten Zeitpunkt zu suspendieren, das Rechtsgeschäft aber, wenigstens solange Konsensualverträge in Betracht kommen würden, sogleich vorzunehmen. Das würden sie vielleicht auch tun, wenn sie gerade immer Juristen wären. In den weitaus meisten Fällen werden aber die Parteien Rechtsgeschäft und Leistung nicht trennen und werden, da sie die letztere zurzeit nicht wollen, mit derselben auch das erstere in die Zukunft verweisen. Da jedoch ihr gegenwärtiger Wille darauf gerichtet ist, daß in der Zukunft das betreffende Geschäft gemacht werde, so bringen sie dies, um das Zustandekommen des Geschäftes zu sichern, durch eine Vereinbarung zum Ausdruck, durch den Vorvertrag. Warum diesen die Rechtsordnung nicht respektieren, sondern als Hauptvertrag zwar nicht auslegen, aber doch so behandeln sollte, ist schlechterdings nicht ersichtlich. Es fehlt bezüglich des Hauptvertrages am consensus; diesen einfach zu fingieren, muß als gänzlich unzulässig erscheinen. Somit finden wir nicht nur im Verkehre, sondern auch in der Judikatur allenthalben Beispiele von Vorverträgen, sowohl bezüglich des Mobiliar- als auch bezüglich des Immobilienverkehres.

Wir sehen also, daß der Vorvertrag eine aus den Bedürfnissen des Verkehrslebens erfließende Figur und nicht

etwa müßigen Launen entsprungen ist, weshalb er auch vom Rechte nicht ignoriert werden darf, sondern als solcher gewürdigt werden muß. Er ist nicht nur nicht überflüssig, sondern sogar zweckmäßig als Schlagwort zu sicherer Herbeiführung von Wirkungen, welche sich bei sofortigem Abschluß des Hauptvertrages nur durch besondere Klauseln erreichen lassen, wobei zu berücksichtigen ist, daß immer noch ein Unterschied ist zwischen einem infolge Schwebens einer Bedingung noch imperfekten Schuldverhältnis und dem perfekten Schuldverhältnis des Vorvertrages, in welchem der Verpflichtete dadurch, daß er sich bereit hält, in den Hauptvertrag einzutreten, in gewissem Sinne schon leistet.

§ 6.

Bindende Offerte, einseitig bindender (hinkender) Vertrag oder Vorvertrag?

Nach Schloßmann (loc. cit. S. 8) sollen statt Vorverträge bindende Offerten oder einseitig bindende (hinkende) Verträge geschaffen werden.

Bei einseitig bindenden Vorverträgen wird in den meisten Fällen der Berechtigte die Initiative zum Vertragsschluß geben. Bezüglich dieser Fälle wäre nun zu berücksichtigen, daß der Begriff „Offerte" sich nicht mit der Annahme eines vorausgehenden Verlangens des Oblaten vereinbart und daß es kaum zulässig ist, darin ein „Anbieten" zu sehen, daß jemandem auf Wunsch etwas bereitgehalten wird. Offerte

ist begrifflich einseitiges Wollen; an dieses aber den Offerenten auch dann lange gebunden zu erachten, wenn seitens des Oblaten eine Gegenerklärung nicht erfolgt, verstößt gegen Treu und Glauben im Verkehr. Eine in bindender Form abgegebene Offerte setzt doch wohl immer voraus, daß einigermaßen Gründe dafür vorliegen, daß der Oblat dieselbe wenigstens zum Gegenstand näherer Würdigung nehmen würde, sonst stünde ja die schwere Belastung des Offerenten ohne jedes vernünftige Motiv da. Zum mindesten kann eine Erklärung des Oblaten, unter Umständen auf das Offert zurückzukommen, vorausgesetzt werden. Erfolgt aber eine solche, erklärt der Oblat, eventuell die Offerte akzeptieren zu wollen, dann allerdings werden wir sagen können, daß durch diese bindende Offerte der gleiche Zweck erreicht ist, wie er durch einen Vorvertrag hätte erreicht werden können. Nur werden die Parteien auf diesen etwas raffinierten Weg nicht leicht verfallen. Aus den gleichen Gründen, wie dies bei dem Vorvertrag der Fall ist, wäre die bindende Offerte unter gewissen Voraussetzungen den Formvorschriften unterworfen, die für den durch sie vorbereiteten Vertrag vorgeschrieben sind. Es müßte also bei einer bindenden Grundstücksofferte gerichtliche oder notarielle Beurkundung erfolgen. Daraus folgt, daß der Offerent sich lästigen Formvorschriften unterwerfen müßte, deren Erfüllung Geld kostet, lediglich damit er einem anderen gegenüber, falls dieser wirklich erklären sollte, unter Umständen die Offerte akzeptieren zu wollen, gebunden ist. Die Parteien werden in außerordentlich seltenen Fällen diesen gekünstelten Weg beschreiten; ihr beiderseitiges Wollen bei

einseitiger oder beiderseitiger Gebundenheit weist auf consensus, das Vertragsmoment, hin.

Aber freilich, in diesem Falle soll es wiederum kein Vorvertrag, sondern ein einseitig bindender (hinkender) Vertrag sein, der die Absichten der Parteien verwirklichen soll.

Die Genesis der negotia claudicantia (vgl. Windscheid, Pand. 8. Aufl. Anm. 22 und 23 zu § 321 und Dernburg, Pand. 3. Aufl. Bd. 2 Anm. 8 zu § 20) und deren Name weisen darauf hin, daß sie gewissermaßen als Notprodukte in den Bereich der Rechtswissenschaft hereingekommen sind und heute noch als solche innerhalb derselben figurieren. Zudem ist ihnen das Anwendungsgebiet durch § 109 Abs. 1 BGB. ganz wesentlich beschränkt worden. Die Fälle, in denen mit einem Minderjährigen trotz Kenntnis der Minderjährigkeit oder trotz Kenntnis der mangelnden Einwilligung des Vertreters kontrahiert wird, sind nämlich gewiß seltener, als diejenigen, in welchen dies in Unkenntnis der Minderjährigkeit oder unter irriger Annahme der Genehmigung des Vertreters geschieht. In diesen weitaus häufigeren Fällen ist aber nach § 109 I BGB. ein negotium claudicans nicht mehr gegeben, da auch der dem Minderjährigen gegenüberstehende Teil nicht gebunden ist, sondern widerrufen kann. Hinkend ist somit das Geschäft nur dann, wenn der Gegenkontrahent die Minderjährigkeit oder die Unwahrheit der vom Minderjährigen behaupteten Einwilligung des gesetzlichen Vertreters gekannt hat, und auch in diesen Fällen ist das Geschäft nur insofern hinkend, als die rechtliche Wirksamkeit desselben nur mehr in das Be-

lieben des gesetzlichen Vertreters gestellt ist. Bevor das Geschäft durch Erteilung der Genehmigung des gesetzlichen Vertreters wirksam wird, ist es in dem Zustand schwebender Unwirksamkeit. Der Vertrag besteht bereits, ist in seiner Existenz entschieden, nur ist diese keine normale (Bechmann, Der Kauf Bd. 2 S. 184). Dies hat aber seinen Grund nicht in der besonderen Beschaffenheit des Entschlusses der Kontrahenten, sondern in objektiven Merkmalen. Wenn somit nach Analogie des Kaufes auf Probe Verträge hergestellt werden sollen, bei denen nur ein Teil gebunden ist, der andere aber frei bleibt, so sind dies keine hinkenden Verträge, sondern solche, bei denen die Entscheidung über die Existenz des Geschäftes vertragsmäßig dem einen Kontrahenten anheimgestellt ist. Solche Verträge herzustellen ist möglich und es wird dadurch die Bestimmung, daß Existenz und Umfang der Verpflichtung nicht in das freie Ermessen des Schuldners gestellt werden dürfen, nicht verletzt, denn nicht nur die Pflicht, sondern auch das derselben entsprechende Recht des zunächst freibleibenden Kontrahenten ist von der Erfüllung der nämlichen Bedingung (si voluerit) abhängig.

Somit könnte der einem einseitig bindenden Vorvertrag zu einem synallagmatischen Vertrage zugrunde liegende Zweck auch durch Abschluß eines Hauptvertrages mit der zugunsten des einen Kontrahenten gesetzten Klausel si voluerit allerdings erreicht werden. Diese Möglichkeit hindert aber nicht, daß die Parteien ihre Absicht ebensogut durch einen einseitig bindenden Vorvertrag verwirklichen. Jetzt den Miet-, Kauf- usw. Vertrag zu schließen mit Suspendierung des wirk-

schaftlichen Effektes durch die Klausel si voluerit wird den Parteien weit weniger naheliegen, als die einseitig bindende Verabredung künftig den Miet- oder Kaufvertrag abzuschließen. Daher vermag auch diesem Einwand gegenüber der Vorvertrag seine Existenzberechtigung gewiß zu behaupten. Es ist auch seine wirtschaftliche Absicht eine andere, als bei der bindenden Offerte oder bei dem unter der Bedingung si voluerit geschlossenen Vertrage. In den letzteren Fällen wird es der Setzung einer Frist und zwar gewöhnlich einer nicht zu langen Frist bedürfen, innerhalb welcher sich der andere Teil entscheiden soll. Das Opfer der Gebundenheit wird ausgeglichen durch die Gewinnchance, das Zustandekommen des Vertrages. Somit entstehen bindende Offerten und bedingt geschlossener Vertrag mehr im Interesse des Offerenten bezw. desjenigen, der bedingt belastet ist. Bei dem Vorvertrage ist dies anders. Je länger die Gebundenheit bestehen soll, desto mehr riskiert der Verpflichtete, günstigere Gelegenheiten ausschlagen zu müssen, während der in Aussicht stehende Vorteil der gleiche bleibt. Der Vorvertrag stellt mehr einen dem aus ihm Berechtigten geleisteten Dienst dar, eine Interessenwahrung für denselben.

§ 7.

Vorverträge zu Konsensualverträgen.

Wie bereits hervorgehoben wurde, ist es die Absicht der Parteien, ein Rechtsgeschäft künftighin erst vorzunehmen, diese künftige Vornahme aber schon gegenwärtig durch Verein-

barung zu sichern, die zum Abschluß von Vorverträgen führt. Darin liegt aber auch zugleich die Widerlegung des gewichtigsten Einwandes, der gegen die logische Möglichkeit eines Vorvertrages zu Konsensualverträgen erhoben wird, des Einwandes, es sei durch den vermeintlichen Vorvertrag der Vertragswille rücksichtlich des sogen. Hauptvertrages als ein gegenwärtiger vollständig gesetzt und bindend erklärt, man habe also keinen Vorvertrag, sondern bereits den Hauptvertrag (vgl. Storch, Der heutige, insbesondere landrechtliche Darlehensvertrag und die Bedeutung der L 20 D. XII, 1 S. 57; Geller im österr. Zentralblatt S. 142 ff.). Da das Bestehen eines Vorvertrages nur angenommen wird, wenn aus den Parteiberedungen der Wille erkennbar ist, sich gegenwärtig zu verpflichten, in der Zukunft zum Abschlusse eines bestimmten Vertrages durch künftige Konsenserklärung mitzuwirken, so liegt darin eine direkte Regierung einer gegenwärtigen Konsenserklärung in bezug auf den Inhalt des Hauptvertrages und ein ausdrücklicher Hinweis darauf, daß nicht nur die gewollte Rechtsänderung, sondern auch die Willensmomente, durch welche diese Rechtsänderung unmittelbar veranlaßt wird, in die Zukunft verwiesen sein sollen. Es ist also der gegenwärtige und der zukünftige Vertragswille scharf geschieden und durch das Versprechen, seinen Willen künftig erklären zu wollen, dieser selbst noch keineswegs gegenwärtig erklärt. Damit ist ausreichend bewiesen, daß der Vertrag nicht mit dem Hauptkonsensualvertrag zusammenfallen muß, also selbständig für sich unter Auslösung seiner ihm eigenen Wirkung bestehen kann. Daß derselbe aber auch

im praktischen Leben zweckmäßig ist, um es den Parteien zu ersparen, den Hauptvertrag mit Klauseln zu belasten, deren Wirkung oft nicht genügend vorhergesehen wird, daß er somit häufig den einfachsten Weg darstellt, um sicher zu einer künftigen Rechtsänderung zu kommen, ist oben (§ 5) bereits hervorgehoben worden. Dieses Argument spricht auch für die Anerkennung eines zweiseitig bindenden Vorvertrages zu einem Konsensualkontrakte, die Bechmann (Der Kauf S. 283) als eine hybride Schöpfung des Parteiwillens ohne allen vernünftigen Zweck bezeichnet.

Die Gründe können tatsächlich sehr wichtig sein für die Parteien, warum sie den zweiseitig bindenden Vorvertrag wählen. Es ist ihnen die Möglichkeit geboten, den Hauptvertrag sogleich zu schließen, die aber beiderseits nicht gelegene sofortige Erfüllung durch Klauseln bindend aufzuhalten. Wenn nun der Kontrahent fürchtet, in der Klausulierung ungeschickt zu handeln und dadurch der Gegenpartei einen Anhaltspunkt zu einer ganz anderen, ihm ungünstigeren Auslegung des Vertrages zu bieten, so greift er besser zum einfachen schlichten Vorvertrag, läßt die Verhältnisse, welche sofortiger Erfüllung entgegenstanden, sich klären und schließt dann den Hauptvertrag. Die Gefahr eines Mißgriffes in der Klausel ist hier beseitigt, gewiß Grund genug für eine ängstliche Partei, den Weg des Vorvertrages zu wählen.

§ 8.

Vorverträge zu Realverträgen.

Die Darstellung der Vorverträge zu Realverträgen führt uns zunächst auf die in der gemeinrechtlichen Literatur nicht minder wie in der jetzigen bestrittenen Frage, ob und inwieweit es Realverträge überhaupt noch gibt.

Das römische Kontraktensystem war, von wenigen Ausnahmen abgesehen, von dem Prinzip der Notwendigkeit der Form beherrscht, gleichwie auch das ältere deutsche Recht.

Nachdem aber im Mittelalter unter dem Einflusse des kanonischen Rechts die Klagbarkeit der nuda pacta sich eingeführt hatte und die Klagbarkeit formloser obligatorischer Verträge auf dem Wege des Gewohnheitsrechtes in die gemeinrechtliche Praxis übergegangen war, tauchte die Frage auf, ob auch die römischen Realkontrakte ihren Charakter beibehalten haben oder ob sie schon mit dem Abschlusse beiderseitig klagbar geworden seien, so daß es also nicht mehr erst der Erfüllung bedurfte, um auf die Gegenleistung klagen zu können.

Brinz (Pand. II § 248) führte aus, daß nach römischem Recht die res in zweifacher Weise der Grund im Realkontrakte sei, a) objektiv, von Rechts wegen, da der Empfänger durch die res obligiert wird ohne die Zutat weiterer Form, b) subjektiv, da der re-Obligierte in der res den Beweggrund oder den Anlaß hat, sich obligieren zu lassen. Auf dieser letzteren Eigenschaft beruht die Fortdauer der Realkontrakte im gemeinen Recht. Dabei faßte er die obligatorische Willens-

übereinkunft im Realvertrage als einen Modus, als eine Beschränkung der außerdem freien Gabe, Hingabe, Leistung auf.

Die gleiche Erklärung gibt Windscheid (Pand. II Anm. 5 zu § 312). Hiergegen wurde ausgeführt (Eisele in der Zeitschr. f. schweiz. R. Bd. 25 S. 13; Friedr. Schäfer, Der Darlehensvorvertrag, Freiburg i. Breisgau 1902, S. 24), daß der Modus nur zur Erreichung eines Nebenzweckes diene, nicht aber, wie es hier der Fall sein würde, den juristischen Charakter des Geschäftes bestimmen solle. Dieser Einwand mag richtig sein, soweit man an den Modus im streng technischen Sinne denkt. Daß die Willensmeinung des Leistenden im Realvertrage aber eine Beschränkung der außerdem freien Gabe sei, wird sich nicht in Abrede stellen lassen.

Adler (Realkontr. u. Vorvertrag, Jahrb. f. Dogm. d. röm. Rechts) Bd. 32 S. 193 ff. führt in eingehender Weise aus, daß die Realleistung für den Realkontrakt Qualitätserfordernis schlechthin sei, nicht etwa in einer bestimmten Beziehung, nämlich in der Art, daß durch die Sachleistung der Empfänger in der von dem Leistenden einseitig bezeichneten Art gebunden werde. Diejenigen, welche das letztere annehmen, begründen nur einen Unterschied in der zufälligen Art der Vertragschließung, nicht einen Unterschied in der Art der Verträge selbst (p. 199 ibid.). Der Realkontrakt ist aber ein Vertrag, welcher als solcher ohne Sachleistung nicht bestehen kann (p. 202 ibid.), die letztere ist das Klagfundament für alle Verpflichtungen aus dem Realkontrakte, insbesondere für die Forderung auf Rückleistung. Weiterhin führt Adler (S. 212) aus, daß die Eigenschaften eines Realkontraktes

von der Rechtsordnung jedem Kontrakte willkürlich beigelegt oder entzogen werden können, daß also von einer begrifflichen oder physischen Notwendigkeit der Behandlung bestimmter Kontrakte als Realkontrakte keine Rede sein könne. Nur der „legislativpolitische" Grund, bei Verträgen auf Rückleistung praktisch absurde Konsequenzen zu vermeiden und dem Parteiwillen gerecht zu werden, zwinge zu deren Behandlung als Realkontrakte.

Dernburg (Pand. II § 8) verteidigt die Realkontrakte mit dem Hinweis, es entspreche der Auffassung des Verkehrs und des Lebens, daß sich Verbindlichkeiten wegen Darlehen, Depositum, Kommodat erst an die Empfangnahme knüpfen.

Gewiß ist es nicht reiner Zufall, der dazu führte, die genannten Verträge als Realkontrakte zu behandeln. Die Rückgewähr ist das Charakteristikum, das diese Verträge von anderen scheidet. Die Rechtsordnung hat dies berücksichtigt und dem Verkehre sich anpassend, Vertragstypen geschaffen, die zur Grundlage die Hingabe einer Sache haben und aus dieser Grundlage die Rückgabepflicht herleiten. Die Hingabepflicht bei Darlehen, Depositum usw. wird, solange es Sachgüteraustausch gibt, weit weniger oft verletzt worden sein, als die Rückgabepflicht, und was ist natürlicher, als daß die Rechtsordnung bei der prominenten Rückgabepflicht einsetzte und einen Vertragstypus schuf, dem diese letztere ihr Gepräge aufdrängte, während die Begründung der keine Besonderheit enthaltenden Hingabepflicht der gewöhnlichen Art vertragsmäßiger Verpflichtung, dem Konsensualkontrakt überlassen wurde, der dann allerdings in Beziehung zu dem die Rückgabepflicht begründenden Realkontrakt Vorvertrag ist.

Es ist nun die Frage, ob im Bürgerlichen Gesetzbuche entweder der Vorvertrag zum Realkontrakt geregelt ist, so daß die reale Leistung als Entwicklungsstadium des Vorvertrages zu gelten hätte mit besonderen, erst durch sie selbst gewährleisteten Wirkungen oder aber, ob der Realkontrakt selbständig geregelt ist, so daß für den Vorvertrag prinzipiell die allgemeinen Grundsätze zu gelten hätten.

Das letztere ist der Fall.

Nach den Motiven zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Bd. 2 S. 306) bestand kein Bedürfnis, den Darlehensvertrag als einen Konsensualvertrag zu bezeichnen. Im Gesetze selbst § 607 ist er jedoch als Realkontrakt dargestellt (Wer Geld . . . empfangen hat, ist verpflichtet usw.). Außerdem haben wir in § 610 ein reines pactum de mutuo dando. Auch bezüglich der Leihe (§ 598) wird man Realkontrakt annehmen müssen, da das Wort „Verleiher" in diesem Zusammenhang nach dem allgemeinen Sprachgebrauch ein tatsächliches Überlassen der Sache einschließt. In Windscheid-Kipp, Band. 8. Aufl. S. 551 ist mit Rücksicht auf die Absicht der 2. Kommission (Prot. S. 2127) die Leihe allerdings als Konsensualkontrakt aufgefaßt. Auch bezüglich des Verwahrungsvertrages weist der Wortlaut des § 688 (. . . eine . . . übergebene Sache aufzubewahren) auf dessen Auffassung als Realkontrakt hin.

Der Faustpfandvertrag ist im Bürgerlichen Gesetzbuch unter den Schuldverhältnissen überhaupt nicht aufgeführt; es sind nur (§§ 1215 ff.) eine Reihe dem Pfandgläubiger obliegender Verpflichtungen aufgestellt. Diese setzen jedoch

die erfolgte Hingabe der Sache voraus, denn eine Verpflichtung zur Verwahrung (§ 1215), Verwendungen auf das Pfandobjekt (1216), die event. Rückgabe desselben (1217 Abs. 2. 1218), endlich der in § 1219 gestattete Sicherungsverkauf — all' dies hat zur Voraussetzung, daß dem Pfandgläubiger das Pfandobjekt hingegeben ist und dies spricht also für die Realkontraktnatur des Faustpfandvertrages. Demgemäß hat auch das Versprechen künftiger Verpfändung einer Sache als bindender Vorvertrag zu gelten.

In der neueren Literatur hat die herrschende Meinung ebenfalls den Standpunkt eingenommen, daß Darlehens-, Leih- und Verwahrungsvertrag realkontraktlichen Charakter haben (Dernburg, Oertmann, Staudinger, Planck, Endemann, Rehbein u. a.).

Es wird bei dem Darlehensvertrag das Schuldverhältnis durch den Akt sachlicher Hingabe begründet und § 607 BGB. knüpft die Rechtswirkungen des Darlehens ausdrücklich an den Empfang des Darlehensgegenstandes, wie bereits oben erwähnt. Auch bezüglich der Leihe setzen die in den §§ 598 ff. BGB. gesetzlich gegebenen Ansprüche und Verpflichtungen den Vollzug der Übergabe des Leihgegenstandes voraus, nicht anders aber ist ein Verwahrungsvertrag nur vorhanden, wenn die zu verwahrende Sache dem Verwahrer bereits übergeben ist.

Sind aber die genannten Verträge als Realverträge anzusehen, so ist damit auch die Möglichkeit und die Rechtsverbindlichkeit von Vorverträgen anerkannt, welche auf die Mitwirkung zum Abschlusse des entsprechenden Realkontrakts

abzielen (Planck, Komm. II S. 335; Oertmann S. 316, Vorbem. zu § 598 Ziff. 1 S. 322). —

§ 9.

Die Wirkung des Vorvertrages.

Die Wirkung des Vorvertrages erschöpft sich darin, daß der betreffende Hauptvertrag abgeschlossen oder aber, daß der Abschluß, sofern er freiwillig nicht erfolgt, durch die Rechtsordnung erzwungen wird, wenn der Berechtigte nach erfolgter Weigerung noch ein Interesse am Abschluß hat und dieser Abschluß nicht unmöglich geworden ist. In diesem Falle geht der Anspruch des Berechtigten auf Abgabe einer den Hauptvertrag vollendenden Willenserklärung. Ist ein Urteil auf Abgabe dieser Willenserklärung ergangen, so gilt nach § 894 ZPO. diese Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat. Damit ist also der Hauptvertrag geschlossen. Der Kläger hat nicht auch noch die ihm obliegende Erklärung bezüglich des Vertragsschlusses etwa noch abzugeben, denn diese ist betätigt durch die Erhebung der Klage und ist aufrechterhalten durch deren Fortsetzung bis zum rechtskräftigen Urteil. Betrifft der Hauptvertrag ein Schuldverhältnis, das in gewillkürter Form herzustellen ist, so erfolgt die Vollstreckung nach ZPO. §§ 887, 888, während §§ 803 ff. zur Anwendung kommen, wenn es sich um Abschluß eines Realvertrages handelt. Klage sowohl wie Vollstreckung ist darauf zu richten, daß die betreffende Urkunde

herzustellen, bezw. der betreffende Gegenstand zur Leihe zu geben oder in Verwahrung zu nehmen sei usw.

Nun ist allerdings zu bedenken, daß bei einem Vorvertrag zu einem Konsensualvertrag nach eingetretener Rechtskraft des die Willenserklärung erzwingenden Urteils erst der Hauptvertrag erreicht ist, noch nicht aber die Erfüllung des letzteren, die im Weigerungsfalle erst wieder durch einen neuen Prozeß zu erzwingen wäre. Dies ist aber nur konsequent; die Leistung hat jeweils der Verpflichtung zu entsprechen und also auch der Zwang zur Leistung. Eine Verpflichtung zur Erfüllung des Hauptvertrages ist aber nicht denkbar, solange dieser selbst nicht geschaffen ist. Daß dies ein Umweg ist, kann nicht zugegeben werden; es ist der kürzeste Weg, der im Rahmen der Rechtsordnung bei der gegebenen Sachlage sich bietet. Daß diese selbst anders hätte geschaffen werden können, ist oben bereits erwähnt worden. Aber gestalten denn die Rechtssubjekte ihre rechtlichen Beziehungen gerade immer in der Weise, daß damit, sobald sie rechtlicher Würdigung unterliegen, ihre Interessen sofort auf dem kürzesten Wege zu wahren sind?

Nicht unerwähnt darf auch bleiben, daß die Fälle, in denen durch Urteil ein Konsensualhauptvertrag geschaffen würde und dann durch die Weigerung der Erfüllung des letzteren ein weiterer Prozeß nötig wäre, im praktischen Leben doch wirklich sehr selten vorkommen werden, denn das Urteil des ersten Prozesses enthält für den Verurteilten schon das Schicksal des zweiten.

Bei den Vorverträgen zu Realverträgen wird eingewendet

(Schloßmann loc. cit. S. 84 ff.), daß der auf Erfüllung des Vorvertrages Klagende den Klagantrag auf die Verurteilung zur betreffenden Leistung gegen die gleichzeitig vom Kläger abzugebende Erklärung, das Geld als Darlehen, die Sache zur Leihe usw. hingeben zu wollen, richten müsse. Der Beklagte könnte ja sonst einwenden, daß er ohne jene Erklärung des Klägers nicht zu leisten brauche, da das Geleistete ohne rechtfertigenden Grund in die Hand des Klägers geraten und der Anspruch auf Rückgewähr nicht entstehen würde, auch Nebenvereinbarungen (z. B. Verzinsung betr.) nicht in Kraft treten würden.

Hiergegen ist zu bemerken, daß es als genügend erachtet werden muß, wenn die Klage den Antrag enthält, den Beklagten für schuldig zu erkennen, die betr. Sache zur Leihe herauszugeben oder die betr. Geldsumme als Darlehen zu bezahlen. Die Willensmeinung des Klägers, die Sache zur Leihe oder das Geld als Darlehen annehmen zu wollen, ist durch Erhebung der Klage, durch deren Fortsetzung und endlich auch noch durch die Durchführung der Vollstreckung gemäß § 883 bezw. 803 ZPO. genügend dokumentiert.

Im Urteil braucht nur gesagt zu werden, der Beklagte sei schuldig, die Sache an den Kläger zur Leihe usw. herauszugeben.

Das so erlassene Urteil enthält allerdings keine rechtskräftige Feststellung über die Rechte, die dem Kläger an der herauszugebenden Sache zustehen, es bringt aber neben der Leistung auch die Willensmeinung des Leistenden, die Sache zur Leihe usw. zu geben.

Ebenso erscheint ein Antrag bezw. ein Urteil unbedenklich, wonach eine bestimmte Sache in Verwahrung zu nehmen ist. Die Vollstreckung kann hier nach §§ 887, 888 ZPO. erfolgen, die Willensmeinung des Verurteilten, die Sache in Verwahrung zu nehmen, ergibt sich aus der Rechtskraft des ihn zur Verwahrung anhaltenden Urteils.

Somit dürfte dargetan sein, daß das geltende Recht die dem Vorvertrage eigentümliche Wirkung auf Schaffung des Hauptvertrages in jeder Richtung gewährleistet.

§ 10.

Vererblichkeit.

Das Bürgerliche Gesetzbuch bestimmt in § 1922, daß mit dem Tode einer Person deren Vermögen als Ganzes auf den Erben übergeht. Er tritt in die Gesamtheit der Rechte ein, welche zu dem Vermögen des Erblassers gehören und übernimmt auch die Gesamtheit der Pflichten, welche dieses Vermögen belasten (BGB. § 1967).

Es erhellt ohne weiteres, daß bei einseitig bindenden Vorverträgen das Vermögen des Gebundenen mit einer Verpflichtung belastet ist, woraus eben nichts anderes folgt, als daß der Erbe auch in diese Verpflichtung eintritt. Daß diese Verpflichtung im Abschluß eines Vertrages besteht, erscheint nur auf den ersten Anblick als eine Besonderheit, tatsächlich ist es eine solche nicht.

Es wird ja Fälle geben, in welchen die Verpflichtung aus einem Vorvertrag sich nicht vererbt. Wenn z. B. durch

einen Vorvertrag bestimmt wird, es solle jemandem schenkungsweise eine in wiederkehrenden Leistungen bestehende Unterstützung, z. B. Abgabe von Viktualien, Brennmaterial bindend zugesichert werden, falls er seinen Wohnsitz am Wohnorte des eventuellen Schenkers nehmen würde, so würde nach § 520 BGB. die Verpflichtung aus dem Hauptvertrage erlöschen mit dem Tode des Schenkers. Wenn nun der aus dem Vorvertrage Verpflichtete stirbt, bevor der Berechtigte seinen Wohnsitz wechselt bezw. der Hauptvertrag abgeschlossen ist, so würde der letztere einen Anspruch gegen den Erben auf Abschluß des Hauptvertrages nicht haben. Dies folgt aus der Natur der Sache und ist keine Anomalie.

Andrerseits ist die aus einem einseitig bindenden Vorvertrage erfließende Berechtigung z. B. zum Abschluß eines Leibrentenvertrages, Bestellung eines Nießbrauches (§ 759 bezw. 1030 BGB.) aktiv unvererblich mit Rücksicht auf die §§ 759 bezw. 1061 BGB., wonach Leibrente und Nießbrauch mit dem Tode des Berechtigten enden.

Im allgemeinen aber ist der Anspruch aus einseitig bindenden Vorverträgen sowohl auf der aktiven, wie auf der passiven Seite vererblich. Hieraus ergibt sich von selbst, daß dies auch bezüglich des Anspruches aus zweiseitigen Vorverträgen der Fall ist, bei denen eine aktive und passive Seite ja nicht zu unterscheiden ist.

§ 11.

Abtretung des Anspruches aus einem Vorvertrage.

Nach §§ 398 ff. BGB. kann eine Forderung von dem Gläubiger durch Vertrag mit einem anderen auf diesen übertragen werden. Sonach ist auch die aus dem Vorvertrage entstehende Forderung übertragbar, soweit nicht besondere Gründe dagegen sprechen.

Im einzelnen ist zu sagen, daß im früheren Rechte die Zedierbarkeit von Forderungen aus ein- und zweiseitig bindenden Vorverträgen zu synallagmatischen Verträgen in Abrede gestellt wurde, weil in der Zession des Rechtes die Abwälzung der Pflicht mitenthalten wäre (vgl. Adler loc. cit. S. 264; Endemanns Handbuch des Handelsrechts Bd. 2 S. 420).

Diese im früheren Rechte bestrittene Frage ist im neuen Rechte unbestritten. In den Motiven (Bd. 2 S. 121) zu § 295 des Entwurfes ist gesagt, daß die Frage, ob Forderungen aus synallagmatischen Verträgen abgetreten werden können, in Wissenschaft und Praxis längst in bejahendem Sinne entschieden sei (vgl. Endemann, Lehrb. d. bürg. Recht § 151 Ziff. 1). Ist aber der Anspruch aus einem synallagmatischen Vertrag abtretbar, so ist dies auch bezüglich des Anspruches aus einem ein- oder zweiseitigen Vorvertrage zu einem synallagmatischen Vertrage der Fall.

Nach BGB. § 399 kann die Übertragbarkeit des Anspruches aus einem Vorvertrage durch Vertrag ausgeschlossen werden und ist damit den Bedenken, welche im früheren Rechte

gegen ein pactum de non cedendo bestanden, ein Ende gemacht. Zu berücksichtigen ist jedoch, daß durch § 405 BGB. dem Verpflichteten die Einrede der Unübertragbarkeit dem Zessionar gegenüber dann entzogen ist, wenn er über seine Verpflichtung eine Urkunde ausgestellt hatte, es sei denn, daß der Zessionar die Vereinbarung der Unübertragbarkeit kannte oder kennen mußte.

Von weittragender Bedeutung für die Möglichkeit der Übertragung des Anspruches aus einem Vorvertrage ist die Bestimmung des § 399 BGB., wonach eine Forderung nicht abgetreten werden kann, wenn die Leistung an einen anderen als den ursprünglichen Gläubiger nicht ohne Veränderung ihres Inhaltes erfolgen kann. Die Forderung aus einem Vorvertrage geht auf Mitwirkung zum contrahere; in sehr vielen Fällen wird es für den aus einem Vorvertrage Verpflichteten nicht gleichgültig sein, mit wem er in Erfüllung dieses Vertrages kontrahiert, und in dieser Hinsicht würde die Leistung aus einem Vorvertrag an einen anderen, als den ursprünglich Berechtigten eine Veränderung des Inhaltes des Anspruches aus dem Vorvertrage bedeuten. Wer z. B. aus einem Vorvertrag zum Leihevertrag verpflichtet ist, einem anderen, den er als solventen, vertrauenswürdigen Mann kennt, einen wertvollen Gegenstand zu leihen, wird die Hingabe zur Leihe an einen Dritten, dem der Anspruch aus dem Vorvertrage abgetreten wurde, verweigern können, wenn dieser weniger solvent und weniger vertrauenswürdig in der Richtung ist, daß er die ihm obliegende Sorgfalt bei Benutzung und Behandlung des Leihegegenstandes beachten werde. Der Hin-

weis auf das im § 605 BGB. unter Umständen gegebene Kündigungsrecht würde vergeblich sein; der Verpflichtete wird nicht gehalten werden können, den Leihegegenstand in Schließung des Hauptvertrages an einen anderen, als an den, welchem er sich verpflichtet hatte, überhaupt auszuantworten. Bei der Leistung aus einem Vorvertrag zu einem Konsensualvertrag muß die Einrede aus § 399 BGB. gegenüber dem Zessionar schon vor Abschluß des Hauptvertrages gebracht werden, nach Abschluß desselben würde sie ausgeschlossen sein, da dann eine Abtretung nicht mehr vorliegt.

Die Frage der Möglichkeit der Abtretung des Anspruches aus dem Vorvertrage läßt sich also ein für allemal nicht beantworten; es muß im einzelnen Falle geprüft werden, ob durch die Abtretung der Inhalt des ursprünglichen Anspruches nicht geändert wird. Allgemein läßt sich nur sagen, daß in allen Fällen, in welchen die aus dem Hauptvertrage entspringende Forderung eine unübertragbare sein würde (z. B. § 38 BGB. die Mitgliedschaft an einem Verein, § 514 das Vorkaufsrecht, § 613 der Anspruch auf Dienste, § 664 der Anspruch auf Ausführung eines Auftrages usw.), dies auch bezüglich des Anspruches aus dem entsprechenden Vorvertrage zu gelten hat. Weiterhin wird darauf zu achten sein, ob der Hauptvertrag ein- oder zweiseitig verpflichtend sein wird.

Hat der aus dem Vorvertrage Berechtigte im Hauptvertrage seinerseits eine Verpflichtung zu übernehmen, so würde die Abtretung des Anspruches aus dem Vorvertrage eine Änderung der dem Gegenkontrahenten im Hauptvertrage zu gewährleistenden Rechte bedeuten, die dieser sich nicht ge-

fallen zu lassen braucht. Ohne weiteres wird abtretbar sein z. B. der aus einem pact. de mutuo accip. oder aus einem pact. de mut. dando et accipiendo erfließende Anspruch auf Nehmen eines Darlehns, während der Anspruch auf Geben nicht als abtretbar bezeichnet werden kann, da für den Gläubiger die Person des Schuldners wesentlich ist. Wenn der aus dem Vorvertrage Berechtigte den Leistungspflichtigen anweist einem Dritten zu leisten mit der Wirkung, daß der Anweisende dadurch Schuldner wird (Entsch. d. RG. Bd. 38 S. 311), so ist auch dies zulässig, jedoch ist in diesem Falle eine Abtretung des Anspruches des Anweisenden nicht gegeben, da die Anweisung keine Zession, sondern widerruflich ist, solange die Anweisung gegenüber dem Anweisungsempfänger von dem Angewiesenen nicht angenommen oder die Leistung bewirkt ist.

§ 12.

Anwendung der clausula rebus sic stantibus.

Einen glatten Fall der Anwendung der claus. reb. s. stant. finden wir in § 610 BGB. bezüglich des Darlehnsvertrages. In den Motiven (Bd. 2 S. 199) ist gesagt, daß die Ablehnung der claus. reb. s. stant. in anderen Fällen die im Einzelfalle veranlaßte Prüfung nicht ausschließe, ob nicht nach der Absicht der Parteien der Rücktritt wegen veränderter Umstände der einen oder der anderen Partei zustehen soll. Im Gesetze findet die claus. r. s. st. noch Anwendung in § 321, welcher für gegenseitige Verträge bestimmt,

daß die Vorleistung wegen veränderter Umstände verweigert werden kann, bis die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet ist. Wenn man strenge daran festhält, daß der Vorvertrag nur auf contrahere abzielt, so könnte bei Vorverträgen zu Konsensualverträgen die Berufung auf Veränderung der Umstände erst nach Abschluß des Hauptvertrages erfolgen, da deren nachteilige Wirkung erst bei Erfüllung des letzteren sich geltend machen könnte. Wir kämen also zu dem Ergebnisse, daß jemand gezwungen werden könnte, einen (Haupt-) Vertrag zu schließen, auch wenn feststände, daß er die Leistung aus demselben auf Grund § 321 BGB. verweigern könnte. Dies ist nicht anzunehmen, vielmehr kann in solchem Falle in analoger Anwendung des § 321 schon der Abschluß des Hauptvertrages abgelehnt werden, da es nicht Aufgabe der Rechtsordnung sein kann, den Abschluß von Verträgen zu erzwingen, von denen von vornherein feststeht, daß sie nicht erfüllt werden können.

Weiterhin ist zu berücksichtigen, daß alle Schuldverhältnisse der Beurteilung nach Treu und Glauben unterliegen. Man kann daher in sehr prägnanten Fällen sich sogar darauf stützen, daß der Abschluß des Hauptvertrages unter den geänderten Umständen den Grundsätzen von Treu und Glauben im Verkehre widersprechen würde (vgl. Endemann, Lehrb. des bürgerl. Rechts 8. Aufl. S. 619). Es darf jedoch hier nicht zu weit gegangen werden. Keine Veränderung von Umständen liegt natürlich vor, wenn die Verhältnisse, welche die Erfüllung des Vorvertrages riskiert erscheinen lassen, bei dem Abschlusse des Vorvertrages schon vorhanden, dem einen

Kontrahenten aber nicht bekannt waren. Derselbe hätte sich eben vorsehen oder durch entsprechende Bedingungen schützen sollen. Auch wenn wirklich eine Veränderung der Umstände z. B. Veränderung der Konjunktur durch Zoll oder eine Preisänderung aus anderen Gründen sich ergeben hat, wird dies die Verpflichtung zum Abschluß des Hauptvertrages nicht aufheben können, da hierdurch die Sicherheit in Handel und Wandel auf das äußerste gefährdet würde.

Die in Endemanns Handbuch DHR. Bd. 2 S. 419 Anm. 14 Bd. 3 S. 212, 832, 931, 1091 angeführten, weitgehenden Beispiele der Anwendung der claus. r. s. st. betreffen samt und sonders Kreditgeschäfte des Handelsverkehrs, hinsichtlich welcher ein besonderer Schutz des Kreditierenden angezeigt ist.

§ 13.

Form der Vorverträge.

Im bürgerlichen Rechte ist Freiheit der Form bei Abschluß von Rechtsgeschäften gegeben, doch ist dieser Grundsatz in einigen Fällen durchbrochen, in welchem das Gesetz förmliche Erklärungen verlangt, um den Vertragschließenden zu besonders sorgfältiger Überlegung anzuhalten oder durch die Mitwirkung der Beamten eine gewisse Gewähr für die Rechtsgültigkeit des Geschäftes zu bieten. Die im Bürgerlichen Gesetzbuche verlangten Formen sind entweder die einfache Schriftlichkeit oder gerichtliche oder notarielle Beurkundung oder die öffentliche Beglaubigung der Erklärung.

Hier kommen nur die beiden ersten Arten in Betracht und es fragt sich, ob dieselben im entsprechenden Vorvertrage ebenfalls gewahrt sein müssen.

Wie Degenkolb (loc. cit. S. 38 ff.) ausgeführt hat, sind diejenigen Formvorschriften, welche bestimmt sind, auf die reifliche Überlegung einzuwirken, auch für den Vorvertrag notwendig, wenn sie für den Hauptvertrag vorgeschrieben sind. Daran ist auch im heutigen Rechte festzuhalten.

Wenn z. B. im Gesetze für die Bürgschaftserklärung (BGB. § 766) schriftliche Form vorgeschrieben ist oder gerichtliche oder notarielle Beurkundung zu einem Vertrage über das gegenwärtige Vermögen (§ 311), über den künftigen gesetzlichen Erbteil (§ 312 II), über die Eigentumsübertragung an Grundstücken (§ 313), über ein Schenkungsversprechen (§ 518), über den Anteil eines Miterben (§ 2033) usw., so werden wir als Zweck des Gesetzes erkennen, die Parteien durch den Formzwang zu ernster Überlegung anzuhalten. Würde die Form bei dem Vorvertrage nicht beobachtet, so wäre die Partei durch den unter Umständen ohne alle Überlegung eingegangenen Vorvertrag gezwungen zum Abschluß des Hauptvertrages. Der Zweck des Gesetzes wäre vereitelt, die Form des Hauptvertrages wäre nicht mehr, wie der Gesetzgeber wollte, ein bei der Begründung der Verpflichtung mitwirkender Faktor, sondern eine leere Hülle, der durch den Vorvertrag der Kern vorweggenommen wäre.

In Standingers Kommentar zu BGB. Bd. 1 S. 423 (2. Aufl.) ist gesagt, daß in derartigen Fällen zwar eine Umgehung des Formerfordernisses für den Hauptvertrag ge-

geben ist, daß aber unsere Rechtsordnung keineswegs einen allgemeinen Satz kenne, welcher an jedes agere in fraudem legis die Folge der Nichtigkeit knüpfen würde.

In solchen Fällen liegt aber nicht eine Umgehung des Gesetzes, sondern eine Verfehlung gegen das Gesetz vor, da man den Hauptvertrag mit etwas anderem ausstattet, als der Gesetzgeber will. Er verlangt, das der Wille des Kontrahenten nicht plötzlich, sondern in einer durch die Umständlichkeit der Formbeobachtung gemäßigten Weise sich entwickle. Die Form ist in diesem Falle Mittel zum Zweck, sie ist es aber nicht mehr, wenn der Wille des Kontrahenten im formlosen Vorvertrage schon vollständig entwickelt und gebunden ist. Die Form, welche dem auf Grund eines formlosen Vorvertrages geschlossenen Hauptvertrage beigegeben ist, vermag ihre Funktion, auf die Willensentwicklung einzuwirken, nicht mehr zu erfüllen. Demnach ist das Gesetz, das durch das Formgebot einen die Entwicklung des Willens beeinflußenden Faktor setzen will, in solchen Fällen verletzt, da dieser Faktor nicht vorhanden ist.

Man könnte einwenden, dies treffe auch zu, wenn auf Grund eines rechtsförmlich abgeschlossenen Vorvertrages ein unter Formzwang stehender Hauptvertrag geschaffen werde, daß auch hier die Form des Hauptvertrages ihre Funktion nicht mehr zu erfüllen vermöge, da der Wille im Vorvertrage schon festgelegt sei. Gewiß ist dies der Fall, aber durch die Form des Vorvertrages ist dieser Wille gerade unter der vom Gesetze gewollten Kautele entwickelt worden. Dies wirkt auch auf die unmittelbare Folgeerscheinung, auf die Abgabe

der Willenserklärung im Hauptvertrag, der somit unter der gleichen Kautele abgeschlossen erscheint. Das Entwicklungsstadium ist nur ein anderes, als wenn der Hauptvertrag ohne Vorvertrag unmittelbar abgeschlossen wird, die Entwicklung selbst aber erfolgt, dem Gesetze entsprechend, unter der Kautele des Formgebotes.

Bezüglich des Vorvertrages zu einer Schenkung ist angenommen worden, der erstere sei Schenkung und bedürfe deshalb der Schenkungsform, der Hauptvertrag jedoch bedürfe der Form nicht, da er nicht donandi, sondern solvendi causa geschlossen werde. (Adler loc. cit. S. 224)

Es ist aber zu bedenken, daß das Objekt des Vorvertrages lediglich contrahere ist; durch die causa des contrahere hinwiederum wird die Individualität des Hauptvertrages, nicht aber des Vorvertrages bestimmt.

Wer zu schenken in verbindlicher Weise verspricht, hat damit noch keinen Schenkungsvertrag abgeschlossen, dies folgt aus der grundsätzlichen Verschiedenheit der Objekte des Vorvertrages und des Hauptvertrages, von denen das erstere auf contrahere, das letztere aber auf Erfüllung geht. Ist also nur bei dem Schenkungsvorvertrag die Form gewahrt, so kann nicht auf Erfüllung des mangels der Form gar nicht zustande gekommenen Hauptvertrages geklagt werden.

Bezüglich des Vorvertrages zur Immobiliarveräußerung hat § 313 BGB. vorgeschrieben, daß ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen, der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung bedarf und hätte die Nichtbeachtung dieser Vorschrift

nach § 134 BGB. Nichtigkeit zur Folge. Gleichgültig ist, welche causa dem Vorvertrag zur Immobiliarveräußerung zugrunde liegt, ob ein Kauf-, Tausch-, Schenkungsvertrag und dgl. Es ist jedoch zu beachten, daß nur der Vorvertrag zur Übertragung des Eigentums an einem Grundstück an das Formgebot des § 313 gebunden ist. Auf Vorverträge zur Begründung, Übertragung oder Belastung von anderen Rechten an einem Grundstücke (Rechten an fremder Sache) ist die Vorschrift des § 113 nicht anwendbar. Nur bezüglich des Erbbaurechtes gilt gemäß § 1017 Abs. 2, daß ein entsprechender Vorvertrag der Form des § 313 bedarf. Nach Ortmann (Recht der Schuldverhältnisse Anm. 3 zu § 313) beziehen sich die für anwendbar erklärten Sätze über den Eigentumserwerb zwar zunächst nicht auf den nur obligatorischen Vertrag. Es wollte jedoch der Erwerb des Erbbaurechtes von denselben Voraussetzungen abhängig gemacht werden, wie der des Eigentums und dieser Grund spricht gegen die Gestattung einer formlosen Verpflichtung zu dessen Bestellung. Die infolge Nichtbeachtung der Form nach § 134 eingetretene Nichtigkeit wird nach § 313 Abs. 2 jedoch geheilt durch nachfolgende Auflassung und Eintragung in das Grundbuch, so daß der Auflassung, sobald auf Grund derselben die Eintragung erfolgt ist, die Wirkung einer Bestätigung des Vertrages nach § 141 Abs. 2 zukommt.

Es ist behauptet worden (Ed. Krehbiel, Der Vorvertrag, Edenkoben 1903/04 S. 23 u. 24), daß auch für Vorverträge zur Übertragung usw. von Rechten an fremder Sache die Formvorschrift des § 313 zu gelten habe. Die

Begründung, wonach übereilten und leichtfertigen Verfügungen über die Rechte an Grund und Boden vorgebeugt werden müsse, ist gewiß zutreffend, doch vermag sie gegenüber dem Umstande nicht Stand zu halten, daß, soweit man Formvorschriften gegen Übereilung bei Vertragsschlüssen und zur Sicherheit des Grundeigentums für nötig hielt, nämlich in bezug auf Grundstückveräußerung und Erbbaurechtsbestellung, dies durch die §§ 313, 1017 geschehen ist und daß diese Regelung eine erschöpfende sein wollte. (RGE. in Seuffert Arch. Bd. 58 Nr. 9 S. 18 ff.). Dort ist auch ausgeführt, daß nur die wichtigsten Fälle von der Formvorschrift betroffen sein wollen, und daß dem Verkehr kaum erträgliche Fesseln auferlegt würden, wollte man auch für weniger wichtige Fälle die strengen Formvorschriften aufstellen; weiterhin ist hingewiesen auf das Prinzip des formfreien Vertragsschlusses, von welchem nicht ohne dringende Not abzuweichen sei. Diese Gründe erscheinen durchschlagend, so daß die Bestimmung des § 313 als eine singuläre aufzufassen ist (Örtmann § 313 Anm. 3).

Besonders zu erwähnen ist noch der Wechselvorvertrag. Bei dem Wechsel ist die Urkunde Träger des Forderungsrechtes und für dessen Entstehen, wie Fortdauer gleich wesentlich. Es ist dies die höchste Bedeutung, welche die Schriftform für ein Rechtsverhältnis haben kann. Weil aber die Wechselform nicht Voraussetzung des Verpflichtungswillens, sondern der Skripturobligation ist, weil aus ihr lediglich eine besondere Gestaltung des obligatorischen Verhältnisses sich ergibt, bedarf der Vorvertrag auf Eingehung der Skripturobligation der für dieselbe vorgeschriebenen Form nicht.

Dem Wechsel gleich stehen diejenigen Papiere, welche nach § 363 HGB. durch Indossament übertragen werden können, wenn sie an Order lauten.

§ 14.

Ergebnisse.

Wir haben also gesehen, daß der Vorvertrag sich nach jeder Richtung als ein selbständiger Vertrag erwiesen hat, der zu dem Hauptvertrage in keiner anderen Beziehung steht, wie jedes andere obligierende Ereignis zu seinem Erfüllungsakte. Er kann, in seinem Wesen erkannt, nicht verwechselt werden mit Verträgen relativem Inhalts, die nicht den Abschluß eines weiteren Vertrages in Aussicht nehmen, sondern nur eine Spezialisierung der in dem Vertrage bedungenen Leistung durch den einen oder anderen Kontrahenten. Er scheidet sich als selbständiger Vertrag auch strenge von den sogen. Punktationen und Traktaten, die ihrem Wesen nach unverbindlicher Natur sind. Es wäre daher praktisch, ihn nicht im Zusammenhang mit den Vorverhandlungen zu Verträgen aufzuführen.

Der Vorvertrag zu Realverträgen ist nach dem geltenden Recht geradezu unentbehrlich, während er zu Konsensualverträgen praktisch und durch das Bedürfnis des Verkehres gerechtfertigt ist, so daß ihm nach jeder Richtung die rechtliche Anerkennung nicht vorenthalten werden kann.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.